

# Praktijkboek Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck



instituut voor bouwrecht

's-Gravenhage, 2020

ISBN 978-94-6315-058-3  
NUR 822

© 2020, Arthur van Heeswijck

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

# Voorwoord

Voor u ligt een belangrijk werk. De auteur is er in geslaagd op een minutieuze en toegankelijke wijze de rechtsbescherming op het terrein van het aanbestedingsrecht in kaart te brengen.

Al in 2014 heeft hij op een systematische wijze de rechtsbescherming ten tonele gevoerd in zijn Groningse proefschrift *'Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures'*<sup>1</sup>.

In dit nu voorliggende boek wordt specifiek ingegaan op de rechtsbescherming ten behoeve van de Nederlandse rechtspraak. Dat is een aanwinst. Er is relatief weinig geschreven over rechtsbescherming. Dat is jammer.

Rechtsbescherming is een groot goed. Wil regelgeving worden nageleefd, dan moet daarvoor een stimulans zijn. Dat kan bestaan uit een prikkel vanuit een sociaal-maatschappelijke druk of een die ontstaat uit gezag en toezicht. Uitgangspunt blijft spontane naleving. Ontbreekt de druk om regelgeving na te leven of is deze onvoldoende, dan bestaat in het overgrote deel van de gevallen het gevaar dat de regelgeving verwatert en niet langer wordt nageleefd.

Dat was ook de conclusie die de Europese Commissie in zijn Wittboek *'Completing the internal market'* uit 1985: de Europese aanbestedingsregels waren er wel, maar zij waren vrijwel slapend. Het ontbrak de Europese wetgever aan instrumenten om de naleving van de regels te borgen. In het witboek werden voorstellen gedaan om het aanbestedingsrecht weer op de kaart te zetten en het verbeteren van toezicht op de naleving van de richtlijnen. In 1989 zag de eerste rechtsbeschermingsrichtlijn het licht. In 1992 werd deze gevolgd door een richtlijn voor de nutssectoren. Pas na het *Alcatel*arrest<sup>2</sup> - in 2007 - werden de rechtsbeschermingsregels echt aangescherpt. Nu ligt er een volwassenpakket aan regels waarbinnen de lidstaten de rechtsbescherming van het aanbestedingsrecht moeten inrichten. Daar heeft de Nederlandse wetgever gevolg aan gegeven door de deze Europese regelgeving te implementeren eerst in de WIRA en later in de Aanbestedingswet 2012.

Daarmee beschikken wij nu - op zich - over een pakket met regels voor een adequate rechtsbescherming. Het zijn echter wel open normen. Deze open normen moeten worden ingevuld. Dat kan geschieden door nadere regelgeving, flankerend beleid en de rechtspraak.

In Nederland is de rechtsbescherming primair belegd bij de voorzieningenrechter. Daarnaast kunnen inschrijvers die ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedings-

---

1 Van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013.

2 HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, ECLI:EU:C:1999:543 (*Alcatel*), r.o. 43; HvJ EG 24 juni 2004, zaak C-212/02, ECLI:EU:C:2004:386 (*Alcatel II*).

regels een klacht indienen bij een klachtenloket van de aanbestedende dienst of een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Toch zijn er veel signalen dat het functioneren van de klachtafhandeling door inschrijvers nog als onvoldoende wordt ervaren. In opdracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat heeft de Kwink Groep in 2019 een onderzoek uitgevoerd naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen in de rechtsbescherming.<sup>3</sup> De onderzoekers hebben daarbij diverse verbetermogelijkheden geïdentificeerd. De verbetermogelijkheden zijn van uiteenlopende aard en zijn soms als vergaand of minder vergaand te kwalificeren. Ieder van deze verbetermogelijkheden kan echter een bijdrage leveren aan één of meer van de ervaren problemen. In 2020 is er een klankbordgroep gevormd die het ministerie adviseert met betrekking tot te nemen maatregelen die de ervaren problemen in de rechtsbescherming zullen kunnen wegnemen.

Naar verwachting zullen deze maatregelen zo min mogelijk aanleiding zijn voor wijzigingen in de regelgeving.

De fundamenten voor de rechtsbescherming via de rechter zijn stevig. De rechtspraak heeft zijn kracht bewezen en doet dat nog steeds. In de afgelopen jaren is er een stroom van jurisprudentie tot stand gekomen. Aan de open normen wordt steeds verder invulling gegeven. Daarmee wordt de rode draad steeds duidelijker zichtbaar.

In het *Xafax-arrest* uit 2016<sup>4</sup> heeft de Hoge Raad echter de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep bij een niet toegewezen vordering van een inschrijver in eerste instantie beperkt. Daarmee vervalt voor die partij de mogelijkheid van een behandeling in tweede feitelijke instantie. Daar kleven naast praktische ook rechtstatelijke bezwaren aan. Dat heeft ook de Staatssecretaris van Economische Zaken Klimaat eveneens geconstateerd.

Al met al besteedt dit boek aandacht aan die aspecten die een rol spelen in de rechtsbescherming van inschrijvers. Het vormt een degelijke en gewenste bijdrage aan de rechtspraktijk. Waarvoor alle lof! Ik spreek de hoop uit dat deze uitgave in een grote behoefte gaat voorzien.

*Prof. mr H.D. van Romburgh*  
*Den Haag, 29 april 2020*

---

3 <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/07/15/kamerbrief-over-onderzoek-naar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies>>.

4 Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

# Inhoudsopgave

Voorwoord	v
Lijst van gebruikte afkortingen	xi
Verkort aangehaalde Europese regelgeving	xiii
<b>1 Ten geleide</b>	<b>1</b>
<b>2 Europees kader</b>	
2.1 Inleiding	3
2.2 Effectieve rechtsbescherming	3
2.3 Procedurele autonomie	3
2.3.1 Gelijkwaardigheid	4
2.3.2 Doeltreffendheid	4
2.4 Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn	5
2.4.1 Inleiding	5
2.4.2 Werkingssfeer	5
2.4.3 Enkele karakteristieken	6
2.4.4 Doorwerking in nationale rechtsorde	7
2.5 Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren	8
2.6 Richtlijn Defensie en Veiligheid	8
2.7 Opdrachten met een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’	9
2.8 Afsluiting	9
<b>3 Nationaal kader</b>	
3.1 Inleiding	11
3.2 Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen	11
3.3 Rechtsverhouding tussen bij aanbesteding betrokken partijen	12
3.3.1 Rechtskarakter gunningsbeslissing en andere beslissingen	12
3.3.2 Redelijkheid en billijkheid	12
3.3.3 Aanbestedingsovereenkomst	13
3.3.4 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	13
3.4 Klachtprocedure bij CvAE	14
3.5 Afsluiting	14
<b>4 Informatie- en motiveringsplichten</b>	
4.1 Inleiding	15
4.2 Mededeling van uitsluiting of afwijzing	15
4.2.1 Inleiding	15
4.2.2 Werkingssfeer	15
4.2.3 Omvang informatie- en motiveringsplicht	16
4.2.4 Grenzen aan motiveringsplicht	17
4.2.5 Aanvulling motivering	17
4.2.6 Motivering betreffende ontoereikendheid zelfreinigende maatregelen	17
4.3 Mededeling van de gunningsbeslissing	18
4.3.1 Inleiding	18
4.3.2 Werkingssfeer	18

4.3.3	Omvang motiveringsplicht	19
4.3.4	Grenzen aan motiveringsplicht	21
4.3.5	Aanvulling motivering	22
4.3.6	Gevolgen schending motiveringsplicht	22
4.4	Mededeling van de beslissing tot intrekking van aanbesteding	23
4.5	Opdrachten op gebied van defensie- en veiligheid	24
4.6	Sociale en andere specifieke diensten en opdrachten met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'	24
4.7	Meervoudig onderhandse procedures en nationale aanbestedingen	24
4.8	Afsluiting	25
<b>5</b>	<b>Bevoegde rechter</b>	
5.1	Inleiding	27
5.2	Civiele rechter	27
5.3	Voorzieningenrechter	27
5.4	Arbitrage	27
5.5	Afsluiting	28
<b>6</b>	<b>Voorlopige voorziening in kort geding</b>	
6.1	Inleiding	29
6.2	Vereisten voor toewijzing van voorlopige voorziening	29
6.2.1	Spoedeisend belang	29
6.2.2	Procesbelang	29
6.2.3	Belangenafweging	31
6.2.4	Geschiktheid voor kort geding	31
6.3	Procesvoering	32
6.4	Voorlopige voorzieningen	33
6.4.1	Inleiding	33
6.4.2	Bevel tot aanbesteding	34
6.4.3	Bevel tot toelating tot inschrijvingsfase of tot onderhandelingen	35
6.4.4	Bevel tot gunning/verbod tot gunning aan ander dan eiser	35
6.4.5	Bevel tot herbeoordeling	35
6.4.6	Bevel tot verstrekking van motivering	35
6.4.7	Verbod tot gunning aan derde	35
6.4.8	Bevel tot opschorten sluiten van overeenkomst	36
6.4.9	Bevel tot staking van aanbestedingsprocedure	36
6.4.10	Verbod tot geven van verdere uitvoering aan overeenkomst/bevel tot beëindiging opdracht	36
6.4.11	Verbod tot heraanbesteding	37
6.5	Omvang rechterlijke toetsing (volle en terughoudende toetsing)	37
6.6	Rechtsverwerking (Grossmann-verweer)	39
6.7	Partijperikelen	41
6.7.1	Interventie	43
6.7.2	Voeging	43
6.7.3	Tussenkomst	44
6.7.4	Procesvoering	45
6.8	Rechtsmiddelen	46
6.8.1	Hoger beroep	46
6.8.2	Derdenverzet	48

6.9	Voorlopige voorziening in bodemprocedure?	48
6.10	Afsluiting	49
<b>7</b>	<b>Schadevergoeding</b>	
7.1	Inleiding	51
7.2	Grondslag van schadevergoedingsvordering (Europees of nationaal)	51
7.3	Vestiging van aansprakelijkheid	52
7.3.1	Onrechtmatige daad	52
7.3.2	Wanprestatie	55
7.3.3	Redelijkheid en billijkheid	56
7.4	Schadebegroting en vaststelling vergoedingsplicht	57
7.4.1	Schadebegroting	57
7.4.2	Causaal verband	58
7.4.3	Vergoedingsplicht	58
7.4.4	Vorm van schadevergoeding	59
7.5	Procesvoering	60
7.6	Rechtsvorderingen	60
7.6.1	Schadevergoeding	60
7.6.2	Rechterlijk bevel of verbod	60
7.6.3	Verklaring voor recht	61
7.7	Omvang rechterlijke toetsing	61
7.8	Rechtsverwerking (Grossmann-verweer)	61
7.9	Uitsluiting van aansprakelijkheid (exoneratiebedingen)	61
7.10	Partijperikelen	62
7.11	Afsluiting	62
<b>8</b>	<b>Vernietiging overeenkomst</b>	
8.1	Inleiding	63
8.2	Gronden voor vernietiging	63
8.2.1	Gunning zonder voorafgaande bekendmaking	63
8.2.2	Gunning zonder inachtneming van opschortende termijn	65
8.2.3	Schending regels bij gunning van opdrachten op basis van raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel	65
8.3	Gevolgen van vernietiging	66
8.4	Afzien van vernietiging op grond van dwingende redenen van algemeen belang	67
8.5	Alternatieve sancties	67
8.6	Uitzonderingen op vernietiging en alternatieve sancties	68
8.6.1	Vrijwillige transparantie vooraf	68
8.6.2	Gunning van opdrachten op basis van raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel	69
8.7	Opdrachten op het gebied van defensie- en veiligheid	70
8.8	Procesvoering	70
8.9	Rechtsvordering	70
8.10	Omvang rechterlijke toetsing	70
8.11	Rechtsverwerking (Grossmann-verweer)	71
8.12	Partijperikelen	71
8.13	Afsluiting	71

<b>9</b>	<b>Termijnen</b>	
9.1	Inleiding	73
9.2	Opschortende termijn	73
9.2.1	Inleiding	73
9.2.2	Werkings sfeer	73
9.2.3	Lengte	74
9.2.4	Geadresseerden van de mededeling van de gunningsbeslissing	75
9.2.5	Inhoud mededeling van de gunningsbeslissing	75
9.2.6	Wijze van verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing	75
9.2.7	Gevolgen van verstrijken opschortende termijn	76
9.2.8	Uitzonderingen op opschortende termijn	76
9.2.9	Opschortende termijn bij 'vrijwillige transparantie vooraf'	77
9.3	Vervaltermijnen	77
9.3.1	Inleiding	77
9.3.2	Wettelijke vervaltermijnen (vernietiging van overeenkomst)	78
9.3.3	Contractuele vervaltermijnen	80
9.3.4	Gevolgen van verstrijken vervaltermijn	81
9.4	Verjaringstermijnen	82
9.4.1	Rechtsvordering uit onverschuldigde betaling	82
9.4.2	Rechtsvordering tot schadevergoeding	82
9.4.3	Gevolgen van verstrijken verjaringstermijn	82
9.5	Opdrachten op het gebied van defensie en veiligheid	82
9.6	Sociale en andere specifieke diensten	83
9.7	Opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang	84
9.8	Meervoudig onderhandse procedures en nationale aanbestedingen	84
9.9	Afsluiting	85
<b>10</b>	<b>De klachtprocedure bij de CvAE</b>	
10.1	Inleiding	87
10.2	Taken en doelen CvAE	87
10.3	Werkwijze	87
10.4	Status adviezen CvAE	88
10.5	Afsluiting	89
	Over de auteur	91
	Lijst van aangehaalde jurisprudentie	93
	Trefwoordenregister	99



# Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	advocaat-generaal
ARN	Aanbestedingsreglement Nutssectoren
art.	artikel
ARW	Aanbestedingsreglement Werken
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bao	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
Bass	Besluit aanbestedingen speciale sectoren
bijv.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk Wetboek
COM	Commissiedocument
Commissie	Europese Commissie
Concl.	conclusie
CvAE	Commissie van Aanbestedingsexperts
def.	definitief
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en verder
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europese Gemeenschap
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
etc.	et cetera
EU	Europese Unie
EVA-Hof	Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie
GPA	Government Procurement Agreement
hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBR	Instituut voor Bouwrecht
i.c.	in casu
inv.	invoering
JAAN	Jurisprudentie Aanbestedingsrecht
jo.	juncto
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord

MvT	memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NvT	nota van toelichting
nr.	nummer
o.a.	onder andere
ov.	overweging
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Pb	Publicatieblad
PG	Parlementaire Geschiedenis
r.o.	rechtsoverweging
rb.	rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
vgl.	vergelijk
vzr.	Voorzieningenrechter
WALAPULI	Wet aanbesteding van werken lagere publiekrechtelijke lichamen
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wira	Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden
Wrra	Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren
www	world wide web

# Verkort aangehaalde Europese regelgeving

## *Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn*

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PbEG 1989, L 395/33), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PbEU 2007, L 335/31)

## *Handvest*

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PbEU 2012, C 326/391)

## *Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren*

Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG 1992, L 76/14), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PbEU 2007, L 335/31)

## *Rechtsbeschermingsrichtlijnen*

Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn en Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren

## *Richtlijn 2014/23/EU*

Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU 2014, L 94/1)

## *Richtlijn 2014/24/EU*

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94/65)

## *Richtlijn 2014/25/EU*

Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94/243)

## *Richtlijn Defensie en Veiligheid*

Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veilig-

heidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (PbEU L 216/76)

### ***Termijnenverordening***

Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden (PbEG L 124/1)

### ***VEU***

Verdrag betreffende de Europese Unie (PbEU 2012, C 326/13, geconsolideerde versie)

### ***VWEU***

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (PbEU 2012, C 326/47, geconsolideerde versie)

### ***Wijzigingsrichtlijn***

Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2007, L 335/31)